

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO

DIEGO VELASCO SUÁREZ

SUMARIO: **I.** *Fundamento de la responsabilidad directa por acto propio.* **II.** *Fundamento de la responsabilidad objetiva.* **III.** *Fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas.* **IV.** *Responsabilidad del Estado.* **A.** *¿Se rige por normas específicas de responsabilidad?* **B.** *¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?* **C.** *Imputación de los actos del funcionario al Estado.* **D.** *Legitimación pasiva del funcionario público frente al damnificado.* **E.** *Las obligaciones de reparar por parte del Estado y del funcionario, ¿son solidarias o subsidiarias?* **V.** *Conclusiones.*

1. Tengo una especial deuda de gratitud con el Prof. Mariano Brito. Corría el año 1987. Estaba cursando Derecho Público II, en la Universidad de la República, con el Prof. José Aníbal Cagnoni. Fue invitado el Dr. Brito para una clase sobre los cometidos esenciales del Estado. Su estilo directo, de diálogo con los alumnos, sereno y apasionado a la vez, me impresionó. Tuve ocasión de plantearle mis inquietudes filosófico – jurídicas sobre el iusnaturalismo en la Constitución uruguaya. Todavía me sorprende cómo escuchaba a un joven alumno: abierto realmente al encuentro con la persona, daba importancia a lo que pudiéramos decirle. Recuerdo el entusiasmo con el que me habló del Derecho Administrativo, como un ámbito fundamental en el que está en juego la libertad de la persona; y también, su aliento para que profundizara en los fundamentos del iusnaturalismo.

Este artículo recoge algunas de esas ideas: la libertad de la persona humana y el bien común que ha de dirigir la actuación estatal.

El impulso y la confianza del Prof. Mariano Brito y de su amigo el Prof. Jorge Fernández Ruiz hicieron que en los últimos años participara en dos Congresos de Filosofía del Derecho organizados por la Universidad Autónoma de México, en los que expuse sobre la compatibilidad de la responsabilidad objetiva con una fundamentación iusnaturalista y sobre la subsidiariedad que debe guardar la responsabilidad objetiva respecto de la subjetiva. En este ámbito se inscriben estas consideraciones sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público, que pretenden ser un homenaje al querido Mariano.

2. En primer lugar, situaremos el problema, para delimitarlo.

Nos centraremos en el régimen de responsabilidad previsto por los artículos 23 y 24 de nuestra Constitución. Y nos preguntaremos por la naturaleza y fundamento de las responsabilidades allí contempladas (si hay reglas específicas para la responsabilidad del Estado, distintas a las del Derecho Privado, y si esa responsabilidad es objetiva o subjetiva), y si cabe que la víctima accione contra el Estado y también contra el funcionario a través de quien el Estado actuó.

Analizaremos la responsabilidad como relación jurídica que tiene su origen en una relación jurídica previa. Para clarificar la naturaleza de la responsabilidad del Estado y la del funcionario, es preciso definir los elementos de esas relaciones: sujetos, derechos y deberes, que se vinculan centrándose en acciones debidas. Y estas acciones se descubren en su especificidad y en su relación con el derecho si atendemos a sus fines,¹ vinculándolos con los fines existenciales personales y con el fin común o bien común de la sociedad mayor (Estado) y de otras sociedades menores que integre el agente.

Podrá apreciarse entonces que es posible que una misma acción, por afectar a distintos fines debidos (que lo son por su correspondencia con los fines de las sociedades que integra el agente), lesione diferentes derechos e involucre a más de un responsable, con el mismo o diferente tipo de responsabilidad (contractual o extracontractual), y con distintos o los mismos criterios de imputación (objetivos o subjetivos).

Comenzaremos con la explicación del fundamento de la responsabilidad por acto propio culpable (I), luego, de la responsabilidad objetiva (II), de las personas jurídicas (III) y del Estado (IV). Allí nos detendremos en el análisis de las tres cuestiones planteadas: A) si se justifica un régimen especial de responsabilidad del Estado, B) si esa responsabilidad es objetiva o subjetiva, y C) si la víctima está legitimada para demandar sólo al Estado, o también al funcionario a través del cual aquél actuó, y D) cómo se regularía el cúmulo de ambas responsabilidades.

I. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA POR ACTO PROPIO

3. La obligación directa de reparar el daño causado por actos propios libres, se conoce intuitivamente, sin necesidad de mayores consideraciones. Pero analizándola reflexivamente, vemos que deriva de una característica esencial de la persona humana: que **es dueña de sí misma**, lo cual se manifiesta en que es dueña de sus acciones, **es libre**. Y por ser libre, puede estar **obligada** por el derecho; y cuando incumple su obligación, conculcando el derecho de otra persona, continúa obligada ante ella a reparar el daño: es responsable.

4. Veámoslo más detenidamente.

A. Fundamento de la obligatoriedad del derecho²

5. La persona humana es libre. ¿Por qué? Porque es capaz de *ver*, con su razón, *el fin* de sus acciones, y su *congruencia con los fines existenciales*. Así, puede hacer *suyos* los fines las mismas, y, a través de ellos, *dirigir sus actos*, ser *dueño de ellos*, y de sus consecuencias.³ Tales actos y sus efectos le pertenecen, no sólo como causa (imputación del

1 Cfr. Rhonheimer, Martin, *Ley natural y razón práctica*, una visión tomista de la autonomía moral, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 543-544.

2 Ver Velasco Suárez, Diego, *¿Los criterios de imputación objetiva de responsabilidad son compatibles con una concepción ius-naturalista del derecho?*, en <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/DiegoVelascoSuarez.pdf>, parágrafos 8 a 10, 53 a 81.

3 Welzel dice que "la actividad final un obrar orientado conscientemente desde el fin," (Welzel, *Derecho Penal Alemán*,

hecho), sino como causa libre (imputación moral).⁴

6. Cuando la razón práctica, en el juicio de la conciencia, presenta una acción como conveniente (haciendo posible la decisión libre), está mostrándola como buena y, por eso mismo, **obligatoria**. No, como una acción *necesaria* (pues cabe la posibilidad física de no hacerla), pero tampoco, como *indiferente*. No dirá: “puedes hacer esto o no indistintamente”, sino: “*debes* hacerlo, aunque *puedas* (físicamente) no hacerlo”. Esa “*ordo rationis*” (orden de la razón) constituye una ligazón o ley natural del comportamiento humano libre: “Obligar” viene de “ligar”. Y así “como quien está atado (ligado) no puede dirigirse a otro lugar, a menos que arranque las ligaduras, deformando los miembros que están sujetos”,⁵ así también la ley moral obliga al hombre en el sentido de que no puede “desligarse” de ella, no seguir su mandato presentado por el juicio de la conciencia, sin incurrir en deformidad, sin ir contra su naturaleza racional.

7. Con esos actos, la persona se desenvuelve en la consecución de sus fines existenciales. Pero el hombre no es un ser aislado, es un animal político. No puede desarrollarse plenamente si no es con el concurso (la ayuda que recibe y que da) de otras personas, con quienes convive en sociedad. Los seres humanos tienen una esencia común, de la que derivan fines comunes (el desarrollo de las potencialidades intelectuales, artísticas, físicas, de comunicación, de amistad, de trabajo, etc.); y una común *necesidad de vivir en sociedad* para alcanzar ese desarrollo.

8. El fin de la sociedad será, entonces, crear las condiciones para que sus miembros puedan desarrollarse plenamente. En esto consiste el *bien común*.

9. Los actos que tengan consecuencias en esas condiciones (actos interpersonales), tienen una medida, una regla, una **ley**: la que mide si sirven o impiden tal fin común: lo que corresponde a los miembros de la sociedad como condición para su pleno desarrollo, es un derecho; y quien debe realizar determinadas acciones (hacer, no hacer, respetar, devolver, etc.) para satisfacer esos derechos, tiene un deber de derecho (jurídico). Por eso, el bien común se conforma con el conjunto de *derechos y deberes* de los miembros de la sociedad; y la ley es la regla, expresión y delimitación de tales derechos y deberes.

10. Las acciones relevantes respecto al bien común se presentan por la inteligencia como obligatorias, por su relación a un fin: el fin común o bien común. La inteligencia las mostrará como obligatorias “jurídicamente” (en relación con el derecho), serán ac-

11ª ed., trad. de Bustos Ramírez et al., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 39 y 40; citado por Modelell González, Juan Luis, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, LIVROSCA, 2001, p. 13), y Modelell, señala la relación entre la causalidad final y la eficiente, al indicar que “La voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal (...) configura objetivamente el acontecer exterior.”

4 Carrara distinguía tres niveles de imputación del acto y sus efectos a la persona que lo realiza: a) imputación física (atribución del efecto –acto y sus efectos– a la causa eficiente –persona– por cuya virtud fue hecho): “tú hiciste”; b) imputación moral (atribución del acto y sus efectos a la persona que actuó con inteligencia y voluntad): “tú hiciste voluntariamente”; y c) imputación legal (atribución del acto y sus efectos a la persona que hizo lo que estaba prohibido por la ley: “tú hiciste contra la ley”. “Únicamente luego del resultado de estas tres cuestiones puede el magistrado decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito” (Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal. P.G., 11ª ed., trad. de Sebastián Soler et al., Buenos Aires, Depalma, 1944, parágrafo 8, p. 34, citado por Modelell González, Juan Luis, op. cit., nota 2, p. 38).

5 Tomás de Aquino, In II Sent., d. 39, q. 3, a. 3, citado en García De Haro, Ramón, La conciencia moral, Madrid, RIALP, 1978, p. 110.

ciones *debidas* jurídicamente; corresponden a otra persona, o al conjunto de la sociedad, como parte de las condiciones necesarias para que los miembros de la misma puedan desarrollarse plenamente. La acción es *debida a otro*, que es el sujeto del derecho correspondiente a ese deber. Por tener ese derecho, el titular puede exigir la conducta debida.

11. Como el cumplimiento de los deberes -y el correspondiente cumplimiento de los derechos- es parte esencial del bien común, al sujeto pasivo de la conducta debida jurídicamente ésta se le presentará como **obligatoria** en cuanto conveniente al fin de la sociedad y al suyo propio (porque es miembro de la misma, y porque, por su esencia de animal político, la necesita para lograr sus fines existenciales). Y, por otra parte, como la acción debida corresponde al fin de la sociedad, ésta empleará la amenaza o el uso de la fuerza socialmente organizada para lograr su cumplimiento.

13. En definitiva: tanto la obligación moral como la jurídica son una propiedad inescindible de la libertad, pues lo obligatorio es una acción libre que, por serlo, puede hacerse o no (no es necesaria), pero debe hacerse (no es indiferente, pues es conveniente a los fines existenciales del hombre, y así es propuesto por la razón). Y por ello, si en los hechos no se cumple, sigue siendo una acción obligatoria, debida; de lo contrario, no sería obligatoria, sino indiferente.

B. El acto lesivo y la consecuente obligación de reparar

13. Por el carácter no necesario de la conducta obligatoria, ésta puede no cumplirse. En el ámbito de las relaciones interpersonales que afectan el derecho (lo que corresponde a cada uno en relación con el bien común), el acto violatorio de la obligación jurídica es, a la vez, contrario al deber de quien actuó (acto indebido), y contrario al derecho de aquellos a los que no se les respetó lo suyo. En cuanto contraria a un derecho, tal acción constituye una *lesión*, una *injuria* (o *injusticia*). Y como la ley es regla del derecho, u orden de la razón dirigido al bien común (que señala lo que es derecho de cada uno, como parte de lo que le corresponde como condición para su pleno desarrollo en sociedad), tal acto será contrario a la ley (ilícito) y al bien común.

14. El incumplimiento del deber y la correspondiente violación del *derecho ajeno* (perjuicio o daño) exigen, por su propio carácter vinculante, que persista la exigibilidad de la obligación. Pues una obligación que deja de existir porque se incumple, no es una obligación; un derecho que deja de ser exigible porque se viola, no es un derecho.

15. Si el obligado que incumplió puede “cumplir” su obligación específicamente, debe hacerlo; y si no es posible el cumplimiento específico y éste se sustituye por una obligación de reparación por equivalente, debe reparar el daño, y los titulares del derecho dañado (o sus sucesores) tienen la facultad de exigirselo.

16. Si no fuera así (**si el causante libre del daño que puede repararlo no estuviera obligado a hacerlo**), se llegaría al absurdo de un derecho que deja de obligar por el simple hecho de que no se lo obedezca: es decir, *una obligación no obligatoria*.

17. De acuerdo al precedente desarrollo, habrá responsabilidad si se dan los presu-

puestos vistos: 1º) una relación jurídica por la que la víctima potencial tiene un derecho y el potencial victimario tiene el correspondiente deber de hacer o no hacer una determinada acción; 2º) un acto consciente y libre por el que éste conculca a la vez el derecho y el deber (acto lesivo o ilícito, cuyo resultado se denomina daño).

La responsabilidad será una relación jurídica subsiguiente a la primera, por la que el victimario tiene el deber de volver a la situación original: reparar, in-demnizar (quitar el daño)... a la víctima (responsabilidad civil); y, en la medida en que también se agravio a la sociedad en su conjunto (que requiere, como condición par el bien común, el respeto voluntario a los derechos de cada uno), el que lesiona voluntariamente un derecho también merece una pena, para recomponer el bien jurídico tutelado por la sociedad.

La responsabilidad dependerá del tipo de relación jurídica previa incumplida: si es la correspondiente al deber genérico de no dañar, será extracontractual; si es derivada de un contrato o tiene otra causa específica (según el criterio que se adopte respecto al alcance conceptual de la responsabilidad contractual), será contractual, y tendrá el alcance determinado por aquella relación jurídica específica.

Los derechos-deberes de las dos situaciones jurídicas consideradas (antes y después del evento dañoso) son objeto de una justicia conmutativa: lo que se debe está medido aritméticamente por una relación de igualdad con aquello que corresponde al otro. Por ello, la indemnización seguirá el principio de la reparación integral del daño: todo el daño causado es el que se debe reparar, pues se debía la totalidad del derecho original.

II. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A. ¿El responsable tiene un vínculo jurídico previo con la víctima?

21. ¿Pero es congruente con esta fundamentación que pueda establecerse que haya un responsable de reparar el daño que no haya sido quien lo causó libremente?

22. Con la industrialización, el maquinismo, y la mayor conciencia de los daños causados a las personas a través de la afectación al medio ambiente (especialmente por los procesos productivos), el Derecho ha abordado el tema del daño y su reparación no sólo centrándose en la responsabilidad de quien lo causó libremente, sino atendiendo también la situación de la víctima dañada. Se ha visto que en muchos casos no es suficiente el criterio de causación libre y culposa del daño, para imputar la obligación de reparar a quien pueda hacerlo. Unas veces (responsabilidad por hecho de las cosas), porque el siniestro es provocado por cosas que tienen “un dinamismo o energía interna connatural a ellas, con posibilidades de que si bien pueden ser activadas por el hombre, las mismas pueden salir de su control por su propia dinámica, sin que se trate de cosas peligrosas.”¹⁶ En otros casos (responsabilidad por hecho del dependiente), porque quien fue causa libre, no es solvente.

23. El obligado a reparar (objetivamente responsable) no está vinculado previamente

¹⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo, Derecho de Tránsito, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009, t. III, p. 155.

con la víctima con una relación jurídica *directa*, que luego haya incumplido determinando la lesión de derecho (daño) y la consecuente obligación de repararlo. No está en una relación de justicia conmutativa: no tiene un deber directo de no privarla de un derecho, ni el consecuente deber de volver a la situación original si, en esa relación de conmutatividad, incumple su deber.

24. Cuando se responde por hecho de un tercero, es éste quien tenía el deber (y, frente a él, la víctima potencial tenía el correspondiente derecho), y es quien, al incumplirlo, causó el *daño*. El responsable por acto ajeno no causó el daño, y actuó **lícitamente**.

25. Y cuando se responde por las cosas que están bajo la guarda, en la situación previa al evento indeseado, la víctima potencial no tenía el derecho a que no sucediera tal evento; y quien será considerado responsable no tenía el deber de que no se produjera. Hay un *menoscabo* sufrido por la víctima. Pero éste se concretó fuera del control humano, y como consecuencia de una actividad riesgosa que se realizó de modo lícito: quien generó o se aprovechó de tal riesgo no tenía el deber de que no se produjera el evento indeseado. No había un obligado *a que no se sucediera tal "menoscabo"*; por lo tanto, no había un "derecho" de la víctima en ese sentido. Por eso, propiamente *no* habría "lesión de derecho", "in-juria", o "*daño*" en sentido jurídico.

26. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de esta responsabilidad? ¿Hay una relación jurídica previa entre la víctima y el responsable en virtud de la que nace esta subsecuente relación de responsabilidad?

27. Sí, la hay, aunque no *directa*, sino *indirecta*: ambos forman parte de la misma sociedad, y tienen por ello un *derecho* al reparto equitativo de las cargas y beneficios que constituyen el bien común de esa sociedad. Como existe ese *derecho*, las relaciones entre la víctima y la sociedad –por un lado–, y entre la sociedad y el objetivamente responsable –por otro–, serán relaciones jurídicas. En virtud de las mismas, habrá una relación indirecta entre víctima y responsable, que será antecedente de la relación de responsabilidad. Veámoslo más detenidamente.

B. La justicia distributiva como fundamento

28. La justicia distributiva es la que tiene por objeto lo justo (lo suyo, lo que corresponde a cada uno, el "derecho") en la distribución de bienes y cargas que hace la sociedad (por sus autoridades) entre sus miembros.

29. El bien común (conjunto de condiciones para el pleno desarrollo de todos los integrantes de la sociedad), se construye con el aporte de cada uno, y ello implica una distribución de *cargas*. Y se requieren ciertos *bienes* que son medios para lograr aquellas condiciones, los cuales serán, unos, de uso común, pero otros requerirán que se transfieran desde la esfera común a la particular de alguno de sus miembros para que puedan ser efectivamente gozados. Las cargas comunes, cuando se distribuyen, constituyen *deberes* particulares; y los bienes, al distribuirse, pasan a ser derechos particulares.

30. El acto de distribución de bienes y cargas es un acto de la autoridad. Y estará

justificado y limitado por el bien común. En cierta medida puede ser un acto político discrecional (porque hay distintas posibilidades de realizar el bien común), con el que se constituirá el derecho: se asignará lo que corresponde a cada uno (su derecho). Pero, en la medida en que ya exista un **derecho al reparto** (un título por el que a algún miembro de la sociedad ya le corresponde ese reparto, en cuanto destinatario), esa distribución será un acto de justicia: de justicia distributiva.

31. El derecho al reparto se determina en virtud de la posición que cada uno ocupa en la sociedad en relación con el bien común. Tal posición, para el reparto de beneficios, se mide con el criterio de la *necesidad* (quien más necesita de los demás para poder desarrollarse, más derecho tiene), del *mérito* y del *aporte* (si un socio aportó más capital, tiene derecho a mayores utilidades); y para el reparto de cargas, la posición se mide según el criterio de la *capacidad* (quien más puede aportar, mayor carga tiene de hacerlo) y de la *función* (su rol determinará las tareas en pro del bien común que deberá hacer); y, en todo caso, la *igualdad* que siempre es propia de la justicia: en el caso de la justicia distributiva, la igualdad no es aritmética (como en la conmutativa) sino proporcional: una igual proporción de las relaciones que se dan, por un lado, entre la posición del sujeto y el bien común (según los criterios señalados), y, por otra parte, entre los bienes o cargas a distribuir y los sujetos entre los cuales se distribuyen.

32. Y, con el nuevo enfoque del derecho de daños, adquiere relevancia un nuevo criterio de distribución de cargas (de la carga de reparar las consecuencias del evento indeseado): la contribución a la *creación del riesgo* que genera el menoscabo de la víctima (o que torna imposible su reparación por el causante libre), o el *mantenimiento o aprovechamiento* de tal riesgo.

33. En el caso de la responsabilidad por hecho ajeno (por ejemplo, del dependiente, o de la empresa tercerizada), hay un beneficio social (la que reporta la actividad empresarial, o la desconcentración del empleo), y un riesgo generado por ese beneficio: la mayor posibilidad de que se produzcan daños causados directamente por quien no puede repararlos (el empleado, o la empresa tercerizada). En el caso de la responsabilidad por cosas que están bajo la guarda -por ejemplo, por accidentes de automóviles-, la circulación vehicular reporta un beneficio de la civilización, pero genera a su vez un mayor riesgo de daños que podrían producirse fuera del control de la voluntad humana.

34. La sociedad tolera tales riesgos, porque se compensan con los **beneficios** que comportan para el conjunto. Por eso considera que ese **riesgo** es **lícito**, siempre que se cumplan ciertas normas tendientes a disminuir su potencialidad dañosa. Si el riesgo se concreta, como es lícito, *su producción* no puede considerarse ilícita o injusta (o contraria a derecho). Quien creó el riesgo, o se aprovechó de él, o lo mantuvo, actuó lícitamente, sin contravenir derecho alguno; quien padeció el menoscabo en sus intereses no tenía derecho a que no se produjera el evento indeseado.

35. Pero *las consecuencias del menoscabo*, en la medida en que pueden indemnizarse, son una **carga** que puede repartirse entre los miembros de esa sociedad. No tiene por qué soportar uno solo las consecuencias negativas de un beneficio que lo es para todos.

Y quien aportó al riesgo o se benefició del mismo, tiene una especial posición respecto al bien común en ese ámbito de la actividad riesgosa, tiene un título a un reparto de la carga que supone la reparación del menoscabo consecuencia de ese riesgo.

36. Por lo tanto, hay un **derecho** a que se *transfieran las consecuencias del evento indeseado*: desde el patrimonio de la víctima, a la sociedad (que fue causa de que el riesgo se considere lícito), y, de ésta, a aquel que haya contribuido a la creación del riesgo, o a su mantenimiento, o se haya aprovechado más del mismo.

37. Respecto a la producción del evento dañoso, no hay derecho a que no suceda ni deber de evitarlo de modo absoluto, pero respecto a las consecuencias del mismo sí hay derecho a no soportarlas más allá de lo que corresponda como carga social, y hay deber de la sociedad de distribuir esa carga, y hay deber de asumirla por parte del objetivamente responsable por ser miembro de la comunidad de riesgo y por la especial posición que se tuvo en la creación, mantenimiento o aprovechamiento de ese riesgo.

38. En definitiva: aunque la reparación del daño no sea cosa “suya” (derecho de la víctima y deber del objetivamente imputado) como retribución conmutativa (por un derecho de la víctima a que no se produjera, o por un acto ilícito del imputado que lo haya causado), sí es “suya” en otro sentido. Así lo expresa Tomás de Aquino: “Como la parte y el todo son en cierto modo lo mismo, así lo que es del todo es en cierta forma de la parte; y de este modo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre cada uno de los individuos, recibe cada cual en cierta manera lo que es suyo”.⁷ En este caso, lo que se distribuye como común es una carga: la reparación del daño sufrido por un miembro del grupo social.

También Tomás de Aquino da una indicación en relación con el criterio con que se distribuirá: “en la justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto lo que es propio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad.”⁸

Este “mayor relieve” o “preponderancia” de la parte en el todo de la comunidad, se determinará en función del tipo de comunidad de que se trate: comunidad de riesgo de tránsito (responsabilidad por hecho de la cosa bajo la guarda, en accidentes de tránsito), comunidad de producción o de empresa (responsabilidad por hecho del dependiente o en los procesos de tercerizaciones), etc.⁹

A través del riesgo creado o mantenido, el imputado, si bien **no** realizó un *acto ilícito*, fue *causa libre* de la creación, o mantenimiento de una situación que, aunque no

7 Tomás de Aquino, Suma Teológica, Parte II-IIae, cuestión 61, partes de la justicia, art. 1, ad 2. <http://hig.com.ar/sumat/c/c59.html>.

8 Ibidem, art. 2, R.

9 Cfr. Hervada, Javier, Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho, 3ª. ed., Pamplona, EU-NSA, 1991, vol. I, pp. 230-236. Señala cuáles son los criterios para medir la igualdad de proporcionalidad (en relación con el fin del reparto), que se da en la justicia distributiva. Si bien no señala la contribución al riesgo, podría aplicarse analógicamente el criterio de “aportación a la sociedad”.

ilícita en sí misma, si lo coloca en una relación de mayor carga respecto al bien común del grupo social que conforma: si alguien sufre un *daño* en su persona o bienes como consecuencia de la concreción del riesgo que otro (el imputado) asumió, con aquel acto por el que éste libremente provocó el *riesgo*, se puso en una relación de mayor deber de aportar a las cargas para el *bien común*. Concretamente, a través de parte de su propiedad privada que está afectada a ese destino universal de los bienes naturales, que constituye un acervo común,¹⁰ *deberá indemnizar* el daño ocasionado a esa víctima.

Por el otro lado, habrá un *derecho* de la víctima *en cuanto miembro de la sociedad* a no soportar la totalidad de las consecuencias del evento dañoso, y a recibir parte del acervo común conformado por aquella parte de la propiedad privada que está destinada a contribuir a las cargas sociales.

C. Consecuencias del fundamento

1. Positividad

39. Que el fundamento de la responsabilidad objetiva sea la justicia distributiva (y no la conmutativa) tiene, como primer consecuencia, una **cierta positividad** de lo justo o “derecho”. Pues la *específica medida* del derecho – deber de resarcir dependerá de la concreta organización de la sociedad, de la forma en que la autoridad distribuya las cargas sociales en un momento y lugar determinados.¹¹

40. Pero tal distribución no es meramente discrecional, sino que deberá respetar un “derecho” ya existente: la parte que corresponde a uno y otro (víctima e imputado) de los bienes y cargas comunes. Habrá, entonces, una asignación positiva de derechos y deberes, pero que deberá respetar una previa asignación natural de los mismos, que corresponde a la natural sociabilidad del hombre por la que Aristóteles lo calificaba como animal político, y al hecho (en este caso, el evento indeseado, y la generación, mantenimiento o aprovechamiento del riesgo) que haya determinado la peculiar posición del acreedor y del deudor respecto al bien común de esa sociedad.¹²

10 Como señala Finnis, “el sentido de la propiedad privada es darle al dueño la primacía en el uso y el disfrute de la propiedad y de sus frutos...” “Pero más allá de una medida y grado razonables de tal uso para satisfacer sus necesidades (...) él conserva el resto de su propiedad y sus frutos como parte del acervo común (...); aunque asignado como propio para su gestión y control, ya no está para su beneficio privado sino que es mantenido por él de modo inmediato para el beneficio común”. (Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 202).

11 La distribución de cargas y bienes en una sociedad requiere de la intervención de un acto de la autoridad por el que aquéllos se transfieran desde el ámbito de lo común al de lo privado.

Por ejemplo, puede distribuirse la carga de la reparación del daño sufrido por automóviles entre todos los dueños de vehículos (con un seguro obligatorio), o puede asignarse a quien tiene la guarda del automotor que ocasionó el daño. Como dice Aristóteles respecto de lo justo legal o positivo: “...en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente.” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo 7, en *Ética Nicomaquea – Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 20ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 90).

12 ¿Hasta qué punto el derecho previo al reparto (la parte que a cada uno le corresponde del acervo común, en cuanto destinatario, mientras el bien o la carga está en la esfera común) es un derecho con título y medida –requisitos de todo derecho en sentido realista, como señala Hervada (Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 204 – 207)-, determinados ya por la posición de cada uno en esa comunidad? ¿Se requiere un acto de la autoridad (el reparto) para que sea exigible esa parte correspondiente como destinatario al reparto? Entendemos que hay título (asignación) y medida –al menos como un mínimo-, antes del acto de distribución por parte de la autoridad. Por eso hay derecho, en el sentido de algo determinado que es debido, y que por tanto es exigible, ante la

2. Ausencia de daño (lesión de derecho)

41. Otra consecuencia será que, para que surja la relación jurídica de responsabilidad, no se requiere (como en la responsabilidad propia de lo justo conmutativo) el incumplimiento de la relación jurídica previa. Habrá unas relaciones jurídicas previas (las ya referidas relaciones existentes entre la víctima potencial y la comunidad, y entre ésta y el objetivamente imputado), pero el evento indeseado no constituye un incumplimiento de tales relaciones jurídicas, sino una condición para que se actualicen tales relaciones.

42. La “producción” del evento indeseado, no es, *en sí*, un *acto ilícito*, sino un *hecho* que tiene como *efecto* una nueva posición de la víctima en la sociedad, que la hace acreedora a un reparto de los beneficios sociales, para que haya una igualdad proporcional con los demás miembros de la sociedad en relación con el reparto de esos beneficios y cargas sociales. Si sucede el acontecimiento indeseado, se cumple la condición para que nazca el derecho de la víctima a recibir la parte del acervo común que restablezca la **igualdad ante las cargas públicas**, y a la vez, el mismo hecho determina el correspondiente deber de la sociedad de reparar ese menoscabo; y, en la medida en que la sociedad distribuyó la carga de la reparación según el aporte al riesgo, el mismo hecho, en cuanto concreción de ese riesgo, es la condición para que nazca el deber del imputado de aportar, de la parte de su patrimonio correspondiente al acervo común, los bienes necesarios para la reparación.¹³

43. Hay un detrimento, un menoscabo, que no puede considerarse injusto: lo injusto sería que no se reparara según la carga que corresponde a cada uno de los miembros de esa comunidad. Por eso, en rigor, no hay “daño” –en el sentido de “lesión de derecho”– como presupuesto de la responsabilidad objetiva.

3. ¿Reparación integral del “daño”?

44. Vinculada a las dos consecuencias anteriores, está la siguiente: como no hay daño en el sentido de violación de un derecho previo, la medida de la reparación o de la compensación no será necesariamente la repristinación a la situación anterior, o reparación integral del daño. Tal reparación integral es exigencia lógica de que, si se incumple un

autoridad. De lo contrario, ésta no estaría obligada a distribuir los bienes y cargas comunes, sino que sólo estaría obligada a respetar lo que corresponde a cada uno cuando decida (discrecionalmente) realizar el acto de reparto.

Pero, hasta que la autoridad no establezca el criterio de distribución que aplicará, hay un margen de discrecionalidad: puede elegir racionalmente uno u otro criterio; pero *debe* hacerlo. Por eso, el derecho se tendrá ante la sociedad, hasta que ésta defina el criterio a aplicar; luego de definido el criterio, el derecho se dirigirá a aquél a quien se le haya distribuido la correspondiente carga (en este caso, la de resarcir el perjuicio a la víctima por estar en una determinada posición respecto al bien común en virtud de la creación, mantenimiento o aprovechamiento del riesgo lícito).

13 También está presente esta justificación de justicia distributiva, en la exigencia jurisprudencial y doctrinaria de que el “daño” no sea un “perjuicio que la víctima deba soportar”, para que pueda configurarse la responsabilidad objetiva. Así lo señala Risso Ferrand, primero, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sobre la responsabilidad objetiva del Estado que prevé la constitución española de 1978 en su artículo 106.2: “Producido el daño y siempre que éste sea causado por los servicios públicos –nexo causal–, sólo resta analizar la *posición jurídica de la víctima*, esto es, si tenía la obligación de soportar el daño sufrido –en cuyo caso, obviamente, no procederá indemnización alguna–.” (Risso Ferrand, Martín J., Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, 2ª edición actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 27-28, énfasis añadido). También muestra cómo este criterio ha sido recogida en Colombia, por Hoyos del Duque, y por Tawill, en Argentina, que “define a la lesión como el perjuicio antijurídico en sí mismo, que el damnificado *no está obligado a soportar* aun cuando el agente que lo cause obre con total licitud” (Risso Ferrand, Martín, loc. cit, énfasis añadido).

derecho-deber, éste se tiene que cumplir en su totalidad (pues de lo contrario, no era un derecho-deber en su totalidad).

45. En cambio, en la responsabilidad objetiva, como el riesgo es lícito, no hay actividad ilícita (contraria a un derecho) que exija el cumplimiento del derecho lesionado en su totalidad. La reparación será debida no según la medida del menoscabo (pues no había derecho a una integridad que haya sido violado en la precisa medida del menoscabo), sino conforme a una igualdad de proporcionalidad (no aritmética) según la posición de la víctima y del imputado respecto a los comunes bienes y cargas que han de repartirse.

46. Ello determina que, desde el punto de vista del imputado, exista un límite para la determinación de cuánto debe reparar: lo que le corresponda como carga en cuanto miembro de la sociedad y según su posición, y por eso, no más allá de su capacidad contributiva. Sólo puede verse afectada aquella parte de su propiedad que tenga como destino el acervo común. No vaya a ser que, como consecuencia de la reparación, el imputado pase a ser, a su vez, una nueva víctima a quien se ha de reparar.

47. Y desde el punto de vista de la víctima, aunque la medida de la reparación dependerá de la concreta organización social en la distribución de cargas y bienes, no hay que perder de vista que también a la víctima, en cuanto miembro de la comunidad, le corresponden bienes y cargas. La medida no será necesariamente la totalidad del menoscabo padecido, sino aquella parte que no le corresponda soportar en función de la igualdad ante las cargas públicas.

48. Consideramos congruente con este enfoque las muy atinadas consideraciones realizadas por Risso Ferrand respecto a la distinción entre “responsabilidad por actividad lícita y actividad ilícita” (cita a Garrido Falla, que “propugnaba por **distinguir** los conceptos de **responsabilidad e indemnización**” [Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Madrid, 1977, pág. 240 y ss.]. Y señala que “Se entiende (...) que la responsabilidad implica lesión de un derecho subjetivo (o de un interés para algunos autores) y en consecuencia un **acto ilícito**, mientras que la indemnización involucra un sacrificio de los derechos patrimoniales en base a actividades totalmente **lícitas**” [cita en nota al pie: Izquierdo, Florentino Valerio, La responsabilidad del Estado por errores judiciales, pág. 24 y ss.]. “...En las hipótesis de responsabilidad la **reparación** del daño debe ser **integral**, mientras que en los casos de indemnización se trata de una compensación que **no necesariamente** resarcirá en su totalidad el daño sufrido (la Corte Suprema y otros órganos jurisdiccionales han sostenido, por ejemplo, que en los casos de daños causados por actividad lícita, el lucro cesante no era indemnizable)”¹⁴

III. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

49. La víctima y el victimario pueden ser una persona física (con la totalidad de los derechos propios de una persona humana), o una persona jurídica, e incluso, la sociedad en su conjunto, políticamente organizada (el Estado), que, cuando actúa como victimario

¹⁴ Risso Ferrand, Martín J., op. cit. nota 12, p. 23 (énfasis, añadido).

a través de los funcionarios públicos, incurre en una responsabilidad con peculiaridades propias, conforme veremos luego.

50. Las personas físicas son los sujetos “naturales” de derechos y deberes, dada su racionalidad y libertad.¹⁵ Las personas jurídicas, en cambio, son, al decir de Soto Kloss,¹⁶ “*artificios intelectuales del hombre para asegurar la unidad de voluntad de un cuerpo multiforme*”, un centro de imputación jurídica que se lo considera titular de derechos y obligaciones, para representar la existencia real de sociedades: grupos de personas que para alcanzar un bien común (que no podrían lograr aisladamente, pero sí mediante el concurso organizado de la actuación de cada uno), cuentan con una autoridad, normas y un conjunto de medios (que conforman un patrimonio afectado a ese fin). Con ese patrimonio responderán de los daños que pudiera causar a través de las personas que la componen, si éstas actúan en cuanto integrantes de esa sociedad persona jurídica.¹⁷

51. No plantea mayores problemas la determinación del responsable cuando la persona jurídica actúa a través de sus representantes, de acuerdo con lo previsto por sus propias normas internas: la voluntad de ellos se imputa a la voluntad de la persona jurídica, que responderá con su patrimonio. En esta situación se incluyen también los actos dañosos realizados por otras personas que integran de algún modo esa sociedad, cuando actúan por orden de quien tiene la representación social. Podríamos denominarla *responsabilidad por acto propio de la persona jurídica*.

52. Cuando el daño es producido por un *miembro de la sociedad que actúa como tal*, también se considerará responsable a la persona jurídica. Estamos en los casos de *responsabilidad por acto del dependiente*. Podría entenderse que es un caso de responsabilidad por acto ajeno y, por tanto, objetiva. Pero consideramos que no se trata de un problema de responsabilizar a quien no fue causa libre y culposa del daño, sino de cómo se imputan a la persona jurídica los actos ejecutados por quienes la integran. Si el acto dañoso es imputable de modo primario al miembro de la sociedad (sea representante formal o no

15 Ver supra parágrafo 6. La persona es causa de su obrar. A pesar de los diversos condicionamientos, cada uno tiene la evidencia de que hay acciones que puede decidir hacerlas o no hacerlas (después podrá o no ejecutarlas, pero nadie puede privarlo de decidir hacerlas). Por eso uno descubre que obra por sí mismo, que es dueño de su obrar. Y ello pone de manifiesto que se es dueño del propio ser, porque el obrar es manifestación, extensión o desarrollo del ser. El propio ser, y todo lo que lo integra o constituye, es suyo, es “cosa” suya. Así, todo ser humano, por serlo, es capaz de ser dueño de sí, de todo lo que lo constituye, de sus fines existenciales, y de los medios para llegar a esos fines. En este sentido, se dice que es “persona” jurídicamente. No es objeto de derecho (“cosa suya” de alguien), sino sujeto de derecho: él mismo es “cosa suya”, “de sí mismo”, “de propio derecho” o “sui iuris”: persona en sentido jurídico.

16 Soto Kloss, Eduardo, Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1984, p. 132.

17 Como señala Messner, “La aplicación del término «persona» a la sociedad no es (...) sólo una metáfora, como la del término «organismo», sino que se basa en una analogía intrínsecamente fundada”, pues, como la persona natural, “la persona social tiene su propio ser, aunque no es sustancial, un ser que sobrevive incluso a las generaciones de sus miembros. De manera semejante a la de la persona natural, la sociedad tiene, como unidad, capacidad de formar su voluntad y capacidad de obrar para realizar sus fines. Como la persona natural, también la persona social es responsable por sus fines existenciales”. (Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolin, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959, p. 47).

Antes explicó que la sociedad es “un ser accidental que necesita una sustancia –al hombre– como portador, pero es un ser accidental ontológico, pues la sociabilidad pertenece a la naturaleza esencial del hombre” (pp. 31-32). A la sociedad le corresponde la entidad propia del accidente relación: relación de cooperación entre las personas; pero son “relaciones mutuas a través de las cuales se realiza la integración de los individuos, y que forman, por tanto, una nueva realidad” (p. 32)

de la persona jurídica) por un factor de atribución subjetivo, la responsabilidad (que se imputará en segundo término a la persona jurídica) será subjetiva; si lo es por un factor de atribución objetivo, será objetiva.¹⁸

53. Para determinar si un *miembro de la sociedad*¹⁹ *actuó como tal*, y que, en consecuencia, el daño se impute a la persona jurídica, se considera si los daños son “causados con motivo del ejercicio de la función”, lo cual requiere que aquél, “obre en tal calidad y que medie un *nexo causal adecuado suficiente entre la función y el daño*”. Es decir: “importa la naturaleza del hecho que se ejecuta, el cual debe estar ligado razonablemente al ejercicio de la función”.²⁰ Consideramos que esta vinculación entre la función y el daño (que es similar al criterio de la “razonable relación” entre ambos, que sostiene Borda²¹), *resuelve la cuestión por vía de la relación causal* entre lo que es el accionar propio de la persona jurídica en cuestión –que se determina por el fin común de esa sociedad– y los daños que pueden producirse por dicho accionar. Como señala Pizarro, “se entra decididamente en el campo de la causalidad”.²² (Pizarro, op. cit., p. 177). Esa relación de causalidad adecuada se juzga en función de que el daño “pueda considerarse que constituye una derivación previsible [de la función] según el curso natural y ordinario de las cosas”²³, juicio de previsibilidad que “debe ser realizado por el juez, en abstracto y ex post facto”, incluyéndose el daño producido como “consecuencia inmediata y necesaria o mediata

18 Las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, de Junín, 1990, se pronuncian en este sentido de admitir la posibilidad de que la responsabilidad por hecho del dependiente se configure por un factor de atribución subjetivo u objetivo, según Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa - Contractual y Extracontractual, Buenos Aires, La Ley, 2007, T. III, p. 174, nota 196.

19 Utilizamos esta expresión para abarcar tanto a los dependientes que no tienen la representación formal de la persona jurídica, como a los que sí la tienen. Como señala Pizarro, “La doctrina dominante, con muy buen criterio, sostiene que no cabe formular distinciones entre la responsabilidad directa que pesa sobre la persona jurídica por los actos de sus administradores o representantes, integrantes del órgano, y la que emerge del actuar de los dependientes. En ambos casos su responsabilidad quedaría comprometida cuando los daños sean causados en ejercicio o con ocasión de sus funciones, tal como explícitamente lo determina el art. 43 [Ley 17.711]. Los daños causados por dependientes de las personas jurídicas no pueden ser tratados de un modo distinto, más benévolo”. (Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 190).

Y hablamos de sociedad o persona jurídica, porque consideramos que esta última tiene sentido en la medida en que es centro de imputación jurídica de actos de personas integradas en una sociedad (grupo de personas, con un fin común, que determinará la *función* que cada uno tiene en esa sociedad, y las leyes que serán regla de los actos incluidos en esas funciones, para dirigirlos al fin común, a través de la autoridad que promulgará esas leyes, las hará cumplir y juzgará según las mismas).

20 Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 175.

21 Borda, *Obligaciones*, t. II, N° 1375, p. 271, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 185, nota 238.

22 En cambio, pensamos que son insuficientes los criterios que se centran en si la actividad dañosa del dependiente se ajustó “exactamente a la función encomendada”, y si tal acto “fue autorizado o al menos tolerado”. Ello supone distinguir entre los actos del principal (o representante formal de la persona jurídica) y los del dependiente, miembro de la misma sociedad. Implicaría que sólo cabe imputar a la persona jurídica, mediante un factor atributivo subjetivo, los actos de sus representantes formales (o actos “del principal”). Y que la imputación de actos dañosos dolosos o culposos de los demás miembros de la sociedad (actos “del dependiente”), para poder imputarse a la persona jurídica, deberían depender causalmente de una culpa del “principal”, es decir, un fundamento de la responsabilidad basado en la “culpa *in eligendo* o *in vigilando*”.

Es más, si las órdenes del principal implicaran la o comisión de delitos o de cuasidelitos, ya entramos en otro ámbito distinto, pues salimos del supuesto de responsabilidad por el hecho del dependiente y entramos dentro de la responsabilidad por el hecho del principal, que fue quien dio una orden ilícita transformando al empleado en un instrumento para comisión de un ilícito. Inútil advertir que en este caso la responsabilidad no es refleja o indirecta, sino directa y principal del patrón y se genera por la orden irregular emitida” (Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 177).

23 Brebbia, *Problemática jurídica de los automotores*, t. I p. 213, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 187, notas 243, 242.

previsible (...) de la función”, y excluyendo las consecuencias casuales o remotas.²⁴

54. Finalmente, como señala Pizarro, se puede considerar acreditada “la culpa dentro del ámbito de la dependencia” sin que sea posible “su imputación concreta y específica a un dependiente determinado. «Esta doctrina –dice Zavala de González– permitió atribuir responsabilidad al principal en los casos de ‘falta de servicio’, contruidos especialmente en el desenvolvimiento de la administración pública (por ejemplo, errores registrales), a partir de una irregularidad dañosa en el ejercicio o con ocasión de las funciones pertinentes, pero sin poder individualizarse al autor: responsabilidad por el hecho negligente de un dependiente no determinado ni precisado o, dicho de otro modo, culpa real dentro de la subordinación, aunque subjetivamente no ubicada en concreto (autoría anónima)»”²⁵

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A. ¿El Estado se rige por normas específicas de responsabilidad?

55. El Estado es una sociedad – persona jurídica, integrada por todos los habitantes, unidos por un fin común (el bien común), que justifica la existencia misma de esa sociedad, y justifica y limita la función de la autoridad (integrada por algunos de esos habitantes) y de las leyes y restantes medios (bienes de uso común, y parte de la propiedad privada destinada al acervo común), por cuanto todos ellos son medios para lograr el bien común (crear el conjunto de condiciones para el pleno desarrollo de todas las personas).

56. También se denomina Estado a la autoridad que dirige a la sociedad – Estado. Ésta es una persona jurídica, integrada por personas físicas, regidas por normas específicas en las que, en última instancia, en un sistema democrático, han participado todos los miembros de la sociedad-Estado. Esas normas dirigen el comportamiento de la autoridad hacia el bien común que justifica su ser y su actuar. En eso consiste el Estado de Derecho.

57. Como parte esencial de ese bien común son los derechos de las personas (aquellos que les corresponde como suyo, y que los demás les deben), las demás personas deberán respetar o cumplir con esos derechos; y ello obliga de modo especial al Estado-autoridad por cuanto su razón de ser es hacer cumplir esos deberes-derechos, por constituir ello el bien común.

58. Es más: el Estado-autoridad no es que deba subordinar sus fines a este bien común, sino que éste es su único fin. El Estado está sólo para cumplir los derechos; no le es lícito hacer otra cosa. Es el principio de legalidad y especificidad que rige su actividad. Las personas físicas que integran los órganos del Estado-autoridad, para actuar como tales, deben respetar este principio.

²⁴ Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T III, p. 187.

²⁵ Ibidem, T III, p. 174, con cita de Zavala de González, *Responsabilidad por riesgo*, N° 35, p. 164.

59. En cambio, las personas que integran el Estado sociedad, pueden hacer todo aquello que la ley no prohíbe: es decir, el principio de su actuar es la libertad, pues sólo podrán desarrollarse en cuanto seres humanos si actúan como seres humanos, que tienen esta característica esencial de la libertad; pero como para ese desarrollo se necesitan mutuamente, y en ello consiste el bien común, en su vida social han de subordinar sus fines a este fin común, y la ley, que ordena las conductas hacia ese bien, señalará el límite a esa libertad: lo prohibido, aquellas acciones cuyos fines no son subordinables sino que impiden o excluyen el fin común.²⁶

60. El Estado-autoridad, entonces, en su relación con todas y cada una de las personas que integran el Estado-sociedad, no está obligado sólo por el genérico deber de no dañar (no causar “injuria”, lesión de derechos, respetar lo que “es suyo, de cada uno”, como condición primera de lo que requieren para su pleno desarrollo). Tiene una obligación específica, de orden legal (constitucional), no meramente omisiva, sino positiva: la obligación de proteger a los “habitantes de la República”, “en el goce” de los bienes humanos básicos: “vida, honor, libertad, seguridad, trabajo, propiedad”... en aquellos objetos de sus derechos humanos básicos (“inherentes a la personalidad humana”). Así resulta de los artículos 7 y 72 de la Constitución, entre otros. Podríamos denominar a este deber general del Estado, frente a todos sus habitantes, “deber de seguridad”.²⁷

61. Por ello, cuando el Estado-autoridad causa un daño, priva de un derecho²⁸, está incumpliendo un deber específico, su propia razón de ser, se está extralimitando respecto a lo que es su competencia, a lo que legitima su autoridad. Está actuando contra derecho, no es un Estado de Derecho.²⁹ Podría decirse que siempre que cause un daño (en sentido jurídico: lesión de derecho), el Estado estará incumpliendo una obligación específica: este deber de seguridad.

62. Este deber específico determina un estándar especial para medir la culpa del funcionario, a través del cual actúa el Estado. Por ello, si causa un daño en ese ámbito de su función, su responsabilidad es la de quien tiene a su cargo una función determinada, en servicio de otros, es decir, una responsabilidad “profesional”.³⁰

26 Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, 1984, p. 132.

27 Cfr. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX – *Responsabilidad Extracontractual*, Volumen 1º, 2ª reimpresión de la segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pp. 91-92, quien señala que estos artículos que proclaman “el derecho a la seguridad e integridad de la persona humana, penetra en el campo del derecho privado moderno, para aportar un decisivo apoyo a la nueva visión de la responsabilidad civil, concebida como fenómeno reparatorio y no sancionador”. Este derecho constitucional, “...al ser más reciente, se encuentra en mejor armonía (...) con la realidad político-social dominante. Y por otra parte, los enunciados más genéricos y de principio, que incluye la constitución, dan más aire al intérprete para que persiga una lectura de la ley, que marche de consuno con los objetivos constitucionales, a los que permite una actualización concreta y efectiva, plegando el Código, en sus aspectos caducos o envejecidos, a las necesidades actuales, o haciendo penetrar en los intersticios de la ley –como principio general, en lugar de la culpa- la tutela de la víctima”.

28 Los derechos lo son en relación con el bien común, como ya señalamos. Por eso, *privar de un derecho conforme a las leyes, por razones de interés general*, no es privar de un derecho, sino de un bien, de un interés, que ha de subordinarse al bien común, y por tanto, no es causar un daño en sentido jurídico, lesión de un derecho.

29 Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *La responsabilidad pública: enfoque político*, p. 44, citado por Risso Ferrand, Martín, op. cit., nota 12, p. 15.

30 Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II: La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, capítulo XIX, en http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.

63. Esta es una diferencia específica de la responsabilidad del Estado, que se manifiesta de modo muy concreto en la responsabilidad por omisiones. En sede de responsabilidad civil, se considera que “las ‘omisiones puras’ no son causas”, y “solo pueden aparejar responsabilidad (no causal) cuando exista, al respecto, un deber positivo especial.”³¹ Pero en el ámbito de la responsabilidad del Estado, el deber que justifica la responsabilidad por omisiones del Estado no precisa ser determinado más que por el servicio que éste debe prestar, y que se concreta a través de las funciones de sus agentes. De allí la relevancia que tiene el concepto de falta de servicio para determinar la responsabilidad del Estado, que se da cuando el servicio funcionó irregularmente, tarde o no funcionó (situaciones, estas últimas, claramente omisivas).³²

64. El Estado, por otra parte, es una persona jurídica peculiar, porque cuenta como parte de su patrimonio con bienes de dominio público, de uso común y con parte de la propiedad privada destinada al bien común, recaudada a través de los tributos. Por lo tanto, cuando responde el Estado, respondemos todos, según nuestro aporte tributario.³³

65. Respecto a la discusión sobre si la responsabilidad del Estado debe regirse por normas específicas de derecho público o por las del derecho privado, entendemos que debe haber un enfoque peculiar de la responsabilidad del Estado, por la ya referida limitación de su actividad a coordinar las acciones hacia el bien común (principio de legalidad) y siguiendo el principio de subsidiariedad, pero ello no implica excluir las normas de derecho privado, por cuanto recogen criterios del derecho común sobre el derecho de daños.

Así lo señala Aída Kemelmajer: pese a las diferencias “entre la posición en que se encuentra el Estado a diferencia de los particulares, existen principios comunes que no pueden ni deben ser olvidados”³⁴. Y también *Mosset Iturraspe*: “nos parece que el debate se alimenta con el abroquelamiento de la responsabilidad tradicional en esquemas clásicos, a partir incluso de la denominación preferida. Si flexibilizamos la cuestión, para hablar de una responsabilidad por daños y no de una responsabilidad civil; si admitimos que el fundamento puede ser otro que el castigo del agente culpable; si admitimos que el Juez tiene un importante rol que cumplir con base en la equidad; ...estamos quitando argumentos a quienes bregan por dividir el asunto en compartimentos estancos”.³⁵

pdf), pp. 14 y 15.

31 Berdaguer, Jaime, Causalidad y responsabilidad aquiliana: un nuevo enfoque sobre la ‘causalidad’ en la naturaleza y en el derecho, desde las perspectivas de la teoría del derecho y del derecho positivo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 37.

32 Cfr. Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 14.

33 Cfr. Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 20, y Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 25.

34 Kemelmajer de Carlucci, Aída, La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado, pág. 80, conforme a la referencia de Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 13.

35 Mosset Iturraspe, Jorge, y otros, Responsabilidad de los jueces y del Estado por su actividad judicial, pág. 129 y 130, en cita transcripta por Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 13.

Risso Ferrand considera que “la distinción realizada en cuanto a la aplicación del derecho público o privada en materia de responsabilidad del Estado (...) en la actualidad, la misma no se justifica”. Pero luego matiza, señalando que “la utilización de principios civilistas no debe descartarse por una razón de principio, sino sólo en aquellos casos en que un criterio de imputación determinado no resulte adecuado para el Estado.”

En cambio, Carlos De Cores, concluye sus “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”: “cuesta verdaderamente concebir el por qué del desplazamiento del Derecho Privado, si de lo que se trata es precisamente de

B. ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado?

El Estado-autoridad es una persona jurídica que, dentro de la limitación del principio de legalidad y del de subsidiariedad³⁶, puede contraer otras obligaciones específicas, en las que se relaciona con personas físicas o jurídicas determinadas; y puede incumplirlas por decisión libre (de quienes integran sus órganos), y entonces responderá subjetivamente.

67. Y también puede realizar emprendimientos que supongan un riesgo, que podrá ser considerado lícito. Pero habrá de responder objetivamente por el daño causado por tales riesgos. Y lo hará porque tiene como función específica la distribución de cargas y beneficios del acervo común, para lograr el bien común. Y en esa distribución debe respetar lo que a cada miembro de la sociedad le corresponde, lo que es suyo o justo en la distribución de tal acervo, según los criterios del mérito, capacidad, contribución, etc. Por eso, si causa un detrimento a alguien por realizar una obra de utilidad común, nacerá una obligación de indemnización a la que el perjudicado tiene derecho por el principio de igualdad ante las cargas públicas.³⁷

Y podría también tener dependientes que no integren ese Estado-autoridad, que no sean funcionarios públicos. Entonces, podrá responder por hecho ajeno, de esos dependientes, con una responsabilidad objetiva. En este caso, se aplica el cúmulo de respon-

regular la responsabilidad civil del Estado". "Ciertamente, puede pensarse en la existencia de particularidades, pero que en general no inciden en el meollo de la cuestión (tal es, por ejemplo, el requisito de la previa anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el caso de actos de la administración). Pero ello no justifica lo que ha hecho la más prestigiosa doctrina publicista en nuestro país, tirando por la borda el sistema de responsabilidad civil y pretendiendo fundar otro construido sobre los art. 24 y 25 de la constitución, que constituyen –en nuestra opinión– una base sumamente endeble. Por otra parte: una cosa es sostener la superioridad ética del principio solidarista (...). Pero otra cosa muy distinta es decir que el Estado, por el sólo hecho de ser tal, responde siempre objetivamente, argumentando sobre la base de los art. 24 y 25 de la Constitución". (De Cores, Carlos, "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, Tomo XXII).

36 Se ha definido el término "subsidiario" como "la calificación de la conducta operativa que suple, cumple o integra lo que falta en una cosa o remedio de ella." Se entiende como parte del concepto "la falta o ausencia de algo"; y que "se deberá actuar cuando falta algo y no para sustituir una actividad existente". (Ruanova, Mariela, "El principio de subsidiariedad: el justo equilibrio de la intervención del Estado en la sociedad", en Brito, Mariano (coordinador), *Fundamentos de Derecho Administrativo económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2012, p. 106.

Esta subsidiariedad está ínsita en el propio concepto de bien común como fin de la sociedad. La sociedad tiene como **fin crear las condiciones** para que las personas puedan desarrollarse plenamente, y no "desarrollarlas", porque las personas son **libres**, y sólo se desarrollarán *humanamente* si lo hacen libremente (pues el actuar libre es una característica *esencial* del hombre). La propia noción de bien común "tiene el carácter de algo complementario y subsidiario: es una ayuda que obtienen los hombres de su cooperación para la realización de sus fines existenciales, es decir, sus tareas vitales; no es un fin en sí mismo". (Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolín, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959, p. 86). Y Finnis se pregunta: "¿Cuál es la fuente de este principio? (...) El bien humano exige no sólo que uno reciba y experimente los beneficios (...); exige que uno haga ciertas cosas (...) Sólo en la acción (en el sentido amplio que incluye la investigación y la contemplación de la verdad) participa uno plenamente en los bienes humanos". (Finnis, John, op. cit., nota 9, p. 176).

Por eso, la autoridad debe coordinar las acciones en relación con el bien común; pero no ha de reemplazar a la persona en lo que ésta debe y puede hacer; porque si no, no estaría facilitando sino entorpeciendo su desarrollo.

La autoridad o la sociedad superior debe **coordinar** la actividad de los miembros de la sociedad o de las sociedades menores, **actuando en subsidio** ("desde la reserva"): cuando quien es el directamente responsable no lo hace.

Si la instancia superior interviene cuando no es necesario, no crea las condiciones para el pleno desarrollo de las personas (bien común), sino que impide el desarrollo libre: **toda ayuda innecesaria es una limitación**.

37 Afirma Duguit que "si la realización de una actividad colectiva, esto es, de una actividad perseverante con el fin colectivo, ocasiona un perjuicio a un grupo o a un individuo, el patrimonio afectado al fin colectivo es el que debe soportar definitivamente la carga del perjuicio" (Dugit, León, *Las transformaciones del derecho público*, segunda edición, pág. 313, citado por Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 20).

sabilidad objetiva y subjetiva, y es plenamente exigible la subsidiariedad que debe tener aquélla.

C. Imputación de los actos del funcionario al Estado

69. Pero, en la mayor parte de los casos, la responsabilidad del Estado resultará de la imputación de actos u omisiones de funcionarios públicos a la persona jurídica Estado-autoridad.

70. No es, propiamente, que el Estado responda por el hecho de un tercero, porque el funcionario no es “tercero”: es un miembro de la sociedad-persona jurídica, a través del cual ésta actúa. Claro que puede no actuar *como funcionario*. Ello definirá si su acto se imputa a la persona jurídica. Nos remitimos a lo expresado respecto a los criterios de imputación de los actos a la persona jurídica, pues ellos son de aplicación a esta particular persona jurídica que es el Estado.³⁸

71. Ciertamente, no sólo pueden imputarse a la persona jurídica los actos que se han adecuado perfectamente a la función, porque si así fuera, no habría daño posible imputable a una persona jurídica (porque se supone que el fin de la persona jurídica es lícito, y por lo tanto, las funciones para cumplir el mismo también lo son).

72. Tampoco puede exigirse que, para poder imputar el acto del dependiente a la persona jurídica, tal acto haya debido ser “autorizado o al menos tolerado” por el principal o el representante formal de la persona jurídica (ello implicaría considerar que sólo cabe imputar a la persona jurídica los actos de sus representantes formales; los del dependiente sólo podrían ser imputados a través de la “culpa in eligendo o in vigilando” del principal. Pero, como señala Pizarro, citando a Trigo Represas – López Mesa, “tal criterio importaría «una petición de principio, pues de cumplir a cabalidad el empleado las instrucciones recibidas, no se generarían daños, por lo que nunca podría ser responsabilizado el comitente ya que, en el desempeño de la tarea específica dentro de sus límites naturales, nunca pueden cometerse ilícitos.”³⁹

73. El mal ejercicio de la función es algo previsible, dentro de ciertos parámetros, y dentro de ellos deberá imputarse el efecto dañoso a la persona jurídica.

74. Por ejemplo, si una empresa tiene choferes con automóviles, es previsible que pueda haber accidentes; y aunque se intentará elegir chóferes con pericia, y se dicten normas tendientes a evitarlos, es probable que en alguna ocasión el chofer actúe con imprudencia o negligencia y ocasione un daño. Tal daño se imputará a la persona jurídica. Pero si el mismo empleado decide atropellar a alguien, en horario de trabajo y con el vehículo de la empresa, seguramente no sería algo previsible, o consecuencia inmediata y necesaria de la función de chofer. En un caso es claro que está actuando “en cuanto miembro de la sociedad –persona jurídica”, en el otro caso, no. Siendo ambas acciones materialmente idénticas, se especifican, no obstante, por su finalidad,

³⁸ Supra párrafo 31.

³⁹ Trigo Represas – López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, t. III, p. 74, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T III, p. 177.

pues “los actos humanos se especifican –según la filosofía clásica y sus expresiones contemporáneas- solamente por aquello que el agente *intenta*, en el sentido de querer como fin o como medio”.⁴⁰

75. Las acciones son imputables porque son dominables, y son dominables por sus fines: al conocer el fin de la acción y hacerlo suyo, el acto puede ser libre; y en la medida que tal fin es medible racionalmente por su congruencia con los fines existenciales, o bienes humanos básicos, el acto es imputable moralmente; y lo será además jurídicamente, por su congruencia con el bien común o fin común. La congruencia con el fin común se medirá objetivamente (sin contar con el ánimo del agente), pero lo que se medirá es un fin del agente, aunque manifestado en su efectiva acción (puesto que es capaz de ser causa de sus acciones a partir de la elección de su fin, tal fin saldrá de su subjetividad para manifestarse en la acción).

76. A su vez, los fines pueden superponerse en una misma acción, subordinándose unos a otros, excluyéndose o siendo compatibles. Así, siguiendo el ejemplo, si el chofer quiere ir a buscar a determinada persona según lo que le fue indicado en la empresa, pero también quiso parar a tomar un refresco, y luego ir más rápido de lo que resultaba prudente (incluso contrariando una orden expresa del jefe), y como consecuencia de ello atropella a un peatón, no excluyó la finalidad congruente con el fin de la empresa (buscar a determinada persona), por lo que el daño causado guarda una razonable adecuación con la función (y a través, de ella, con el fin de la empresa): por eso, el daño es imputable a la empresa. En cambio, si también en horario de trabajo, decide irse con el auto de la empresa a tomar un whisky, y luego de emborracharse se va a su casa, y en el camino atropella a un peatón, es claro que la finalidad de emborracharse y de ir a su casa excluyen el fin de la empresa respecto a su actividad y al uso del automóvil.

77. En el último ejemplo, queda de manifiesto que hay casos en los que el acto dañoso del funcionario público no se imputa a la persona jurídica Estado, porque no actuó “en cuanto funcionario”: no medió una relación de causalidad adecuada entre el daño y la función. Son los llamados “«actos personalísimos» de los funcionarios, es decir, actos *ajenos* a la función aunque puedan haberse realizado durante las horas de oficina o en los locales de la administración o en ocasión del servicio, porque no constituyen actos o hechos de ejecución del servicio”.⁴¹

78. Resumiendo: el Estado tiene peculiaridades que justifican que al juzgar su responsabilidad se empleen criterios específicos del derecho público, sin excluir los del derecho privado. Coexisten las responsabilidades de la persona jurídica Estado con la de sus funcionarios porque se imputan a la persona jurídica los actos de quienes actúan en cuanto miembros de la misma; pero por este mismo fundamento, los actos que excedan a la función, se imputan sólo al funcionario.

40 Orrego Sánchez, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista chilena de derecho*, vol. 37, n° 2, pp. 311-342, 2010, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n2/art05.pdf>, p. 337. Ver también: Orrego Sánchez, Cristóbal, De la teoría de la acción a la especificación moral del acto humano: ¿cuál es el eslabón perdido?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, <http://biblio.juridicas.unam.mx>).

41 Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, T. I, p. 647.

79. Estamos en condiciones de analizar la objeción planteada.

D. Legitimación pasiva del funcionario público frente al damnificado

80. En Uruguay y Argentina se debate si el régimen positivo determina que la víctima sólo pueda reclamar contra el Estado, excluyendo al funcionario público, que sólo puede ser demandado, por vía de repetición, por el Estado.⁴² "Es el sistema que predominó en Alemania e Italia, y actualmente rige en Brasil."⁴³

81. En primer lugar, entendemos que aquí no se da el cúmulo de una responsabilidad por hecho ajeno (la del Estado), de carácter objetivo, y otra por hecho propio, fundada en la culpa (la del funcionario). Como ya señalamos, lo que está en juego es la imputación, a una persona jurídica (el Estado), de actos realizados por sus integrantes (los funcionarios).

82. Igualmente habrá que considerar si existe responsabilidad del funcionario y del Estado conjuntamente, y cómo debe articularse ese cúmulo de responsabilidades por un mismo hecho: si una responsabilidad excluye a la otra, o si se dan conjuntamente, y en este caso, si son solidaria o subsidiariamente responsables.

83. Para determinar si surgen dos responsabilidades, es preciso analizar el tipo de relaciones jurídicas previas existentes, los sujetos vinculados por ellas, las acciones debidas y las consecuentes relaciones de responsabilidad que surgen al incumplirse las primeras.

84. Si el daño consiste en la lesión de un derecho específico que tenía la víctima potencial contra el Estado (por ejemplo, a que le preste el servicio público de policía, o a que se cumpla con el contrato de suministro eléctrico con la compañía estatal de electricidad), el funcionario público que, con su actuar, o con su omisión, determina que el servicio funcione irregularmente, o no funcione, o funcione tarde, está actuando sólo en su carácter de funcionario. Si no revistiera esa calidad, no tendría ese deber. Entonces, entendemos que sólo queda obligado a reparar el daño el Estado, y no el funcionario.

85. Lo mismo puede decirse del daño causado por una actividad lícita que genera riesgo, y que está encomendada a determinados funcionarios públicos que actúan dentro de lo que es previsible en el ejercicio de esa función. El Estado será responsable por acto propio que genera riesgo lícito, y el funcionario no será responsable.

86. En cambio, si el deber incumplido por el Estado a través de la actuación de sus funcionarios es el genérico deber de no dañar, no sólo él estaba vinculado con la víctima potencial por ese deber, sino que también lo estaba la persona física (el funcionario), pues ésta es la relación jurídica más general y estricta, porque afecta a toda persona res-

42 Así lo entienden, entre otros: Sayagués Laso (op. cit., nota 36, p. 612); Rotondo, Felipe, "Responsabilidad del funcionario público: ¿directa?", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, pp. 152-153; Veloso Giribaldi, Natalia, "Falta de legitimación pasiva del funcionario público frente al tercero damnificado", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XVII, pp. 80-85.

Excede a la finalidad de este trabajo el señalar los fundamentos de derecho positivo por los que no consideramos correcta esta interpretación.

43 Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 612 (cita el art. 194 de la Constitución de 1946).

pecto a toda persona con la que pueda relacionarse, para respetar su carácter de fin en sí,⁴⁴ y consiste en un omitir que siempre es posible respecto a esas esferas de expresión directa de la personalidad.⁴⁵

87. Por ello, si el funcionario y, a través suyo, el Estado, incumplen esta relación moral fundamental que se traduce en la relación jurídica del “*neminem laedere*”, surgen la obligación consecuente de indemnizar, por parte de los dos sujetos que estaban obligados previamente a no dañar (el Estado y el funcionario), y el derecho correspondiente de la víctima frente a ambos.

88. No resulta admisible exonerar a una persona de ese deber genérico de no dañar. Y si el funcionario público no estuviera obligado a reparar el daño causado por el incumplimiento de este deber, ese deber no sería tal: pues sería una “obligación no obligatoria”.

89. En la medida en que el daño se produce por un hecho (activo u omisivo) del funcionario, en el ejercicio de sus funciones, tendrá una relación de causalidad adecuada con la función pública, y por tanto será imputable al Estado.

90. Y en la medida en que ese daño puede ser considerado tal en relación con cualquier persona que lo hubiese causado, porque consiste en la lesión del derecho y deber más primario y genérico del *neminem laedere* (no dañar, no dañar a nadie), también se imputará al funcionario que realizó la acción o que omitió el deber funcional que habría evitado el daño, siempre que se configure alguno de los criterios atributivos de responsabilidad: si actuó con culpa o dolo, o creando un riesgo -no vinculado razonablemente con su función- que terminó concretándose en daño.

91. Esto ocurriría en cualquier caso en que haya una relación jurídica previa entre el funcionario y la víctima potencial que fuera independiente de su calidad de funcionario público

92. Así, siguiendo el ejemplo del chofer de un automóvil de un organismo estatal, si éste atropella por su culpa a un peatón, ¿acaso puede decirse que no estaba previamente obligado a conducir prudentemente independientemente de su calidad de funcionario público? Responderá personalmente el chofer funcionario público en cuanto persona, no en cuanto funcionario. Y también responderá el Estado, por mediar una relación de causalidad adecuada entre la función de conducir un automóvil y el daño ocasionado.

44 Hay una “relación moral fundamental que nos une con todo hombre. La responsabilidad que se deriva de modo general de esa relación fue expresada por Kant con la fórmula: «Actúa de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio» (Cf. Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, vol. 4, p. 428 y s.).” Spaemann, Robert, *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Javier Fernández Retenaga y José María Domingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias Madrid, 2003, p. 222.

45 Pilar Zambrano señala la relevancia que tienen “las obligaciones de «no hacer»” establecidas en los principios de derecho fundamental de naturaleza concluyente, respecto a los “funcionarios públicos que actúan *qua* tales”. Y afirma que la función práctica de tales obligaciones “es la misma que respecto de los ciudadanos en general”. (Zambrano, Pilar, “*Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana*”, del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx – <http://biblio.juridicas.unam.mx>), p. 107.

En el mismo sentido, Orrego Sánchez, Cristóbal, op. cit., nota 39, pp. 337-338.

93. Otro ejemplo proviene de una jurisprudencia reciente en Uruguay: el funcionario público es personal médico de un hospital público; la víctima, un paciente. La obligación del funcionario médico de no dañar, y actuar diligente y prudentemente según los conocimientos de su profesión en la atención a un paciente, no provienen de su calidad de funcionario público, sino de su profesión médica. Y no sería razonable que un médico pueda ser demandado por mala praxis si actúa en un sanatorio privado y, en cambio, no pueda serlo si lo hace en un hospital público. La sentencia de segunda instancia admite el cúmulo de demandas, contra el Estado por responsabilidad contractual, y contra el médico por responsabilidad extracontractual.⁴⁶

94. Por lo tanto, la víctima podrá demandar tanto al Estado como al funcionario, o a ambos conjuntamente.

95. El criterio limitativo sustentado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en Uruguay, es criticado con precisión por el Dr. Leslie Van Rompaey en la citada discordia.⁴⁷

96. En Argentina, Agustín Gordillo realiza un interesantísimo análisis de la cuestión. Citando a Hauriou, señala que

No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional.

Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía constitucional de la libertad; (...) se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.⁴⁸

97. Consideramos que negar a la víctima el derecho a reclamar contra quien le causó culpablemente un perjuicio, es tanto como negar que ese funcionario esté obligado a respetar los derechos de sus conciudadanos. Pues si éstos tienen el derecho a no ser damnificados (deber de no dañar), también tendrán el consecuente derecho a ser indemnizados cuando el daño se produce (deber de responsabilidad); y si el primer derecho (deber de no dañar) tenía como sujeto pasivo al funcionario victimario, el segundo también lo debe tener como sujeto pasivo; de lo contrario, se negaría el carácter vinculante del derecho lesionado.

46 Cfr. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia n° 232, del 20.09.2012, Sosa Aguirre, Pérez Brignani (redactor), França, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* Tomo XLIII, c. 388, pp. 576-577).

47 Cfr. Van Rompaey, Leslie, discordia en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n° 216/2006, del 6 de diciembre de 2006, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, pp. 150-151. En el mismo sentido se expresa Risso Ferrand, Martín, op. cit., nota 12, p. 97.

48 Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, Sirey, 1929, p. 649, citado por Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 2.

98. Podrá decirse que no se deja a la víctima sin un obligado a la reparación, pues el Estado (más solvente) es quien responde. Pero ello no alcanza: porque no sólo el Estado estaba obligado a no dañarlo, sino también el funcionario, como cualquier otra persona. La víctima no perderá nada en su derecho a ser indemnizado (pues se supone que el Estado es solvente), pero perderá en su derecho a no ser dañado, pues el funcionario, que es quien directamente puede respetar su derecho o lesionarlo, no tiene el consecuente deber, frente a él, de reparar el perjuicio que pudiera causarle.⁴⁹

99. Entonces, podría argumentarse que no se deja al funcionario sin que sufra consecuencia patrimonial alguna por el daño causado, pues el Estado tiene derecho a repetir contra él. Pero ello no es suficiente.

100. Por una parte, como también reconoce Sayagués, la acción de repetición contra el funcionario es facultativa para la administración (en el texto constitucional uruguayo), por lo que es posible que no se accione por vía de regreso. Y en los hechos, la experiencia muestra que esa facultad no siempre se ejerce.⁵⁰

101. En Argentina, Gordillo señala que, en los hechos, se encuentran “pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público”,⁵¹ por una interpretación restrictiva del artículo 1112 del Código Civil.

102. Y una situación similar se da en Brasil.⁵²

103. Por otra parte, en Uruguay, “para que surja la responsabilidad es preciso que el funcionario haya actuado con dolo o culpa grave.”⁵³ Por lo que el funcionario público podría causar daños con culpa no grave, sin tener que hacerse cargo de ellos.

104. Estos regímenes no se compadecen con el principio de igualdad ante la ley (los funcionarios públicos quedarían exentos de los principios generales del dere-

49 Véase lo que señala Sayagués: “el régimen vigente tiene como virtualidad hacer que la administración soporte siempre las consecuencias de los desaciertos de sus funcionarios –cualquiera sea la magnitud de la culpa, el dolo o la arbitrariedad– sin el freno que significa la posibilidad de que el particular accione directamente contra el responsable.” (Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 656).

Si la Administración sufre esta consecuencia negativa del régimen de responsabilidad que Sayagués entiende vigente en Uruguay, por tener que afrontar la carga de la reparación, ¿acaso la víctima no sufre la consecuencia negativa de ser damnificada?

En el mismo sentido de lo que hemos señalado, dice Gordillo: “A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto raro que el Código Civil trate de proporcionar esa protección. Que el art. que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el art. 1112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes”. (Gordillo, op. cit., nota 29, p. 8).

50 Felipe Rotondo señala que la reforma constitucional de 1952 “...llevó a resultados que fueron más allá de la finalidad perseguida, a una suerte de irresponsabilidad del funcionario; en mérito a ello se ha dictado el decreto N° 701/991 de 23-XII-1991 y también la Ordenanza N° 85 del Tribunal de Cuentas”, para controlar si se ejerce la acción de repetición. (Rotondo Tornaría, Felipe, op. cit., nota 41, p. 154).

51 Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 3.

52 Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 3 y 7. Cita a García, Mónica Nicida, *Responsabilidade do Agente Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 223, y refiere al artículo 122 de la ley 8.112/90 y al art. 37.6 de la Constitución (Gordillo, Agustín, op. cit., , nota 29, p. 7).

53 Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 655.

cho contenidos en los artículos del Código Civil relativos al derecho de daños), ni con el Estado de derecho (la autoridad –los funcionarios públicos que la integran– no estaría obligada por el derecho).

105. Además, aunque en los hechos el Estado repita contra los funcionarios, no habría razón para que al damnificado se le prive de su derecho de demandarlo. Son dos relaciones jurídicas distintas, aunque vinculadas, que tienen al mismo sujeto pasivo obligado (el funcionario), pero con un objeto diferente y sujetos activos diferentes.

106. El funcionario está obligado frente al Estado por una relación de justicia distributiva: la carga de la reparación del daño causado no corresponde a la totalidad de la sociedad, sino al funcionario, que está en una posición especial por haber sido el causante del daño que se debió reparar.

107. Y el mismo funcionario está obligado frente a la víctima, por una relación de justicia conmutativa: por haber incumplido su deber de no dañar, lesionando el derecho de la víctima, ésta tiene el derecho de que cumpla aquel deber por medio de la reparación del daño.

E. Las obligaciones de reparar por parte del Estado y del funcionario ¿son solidarias o subsidiarias?

108. ¿Cómo se articula este cúmulo de responsabilidad, del Estado y del funcionario? ¿Son obligaciones subsidiarias o solidarias?

109. Por ser imputable al Estado el acto del funcionario –por cuanto existió relación de causalidad adecuada entre el daño y la función–, hay un fundamento para que se considere al Estado totalmente dueño del acto. Si no fuera así, la persona jurídica no actuaría jurídicamente, no sería persona. El Estado lesionó el derecho de la víctima, y debe repararlo.

110. Pero también el acto se imputa al funcionario, no sólo mediatamente (en cuanto funcionario que actúa la voluntad de la persona jurídica), sino inmediatamente y como causa final de una acción por la que incumplió un deber que él tenía, personalmente e independientemente de su calidad de funcionario, respecto a la víctima.

111. Hay “dos responsabilidades por el mismo hecho”.⁵⁴

112. Ya vimos la importancia de plantear la cuestión de las acciones debidas, para poder responder a la pregunta sobre la relación entre dos responsabilidades.

113. Aquí podemos ver dos acciones debidas: una debida por el Estado, y otra debida por el funcionario en cuanto tal; y un mismo sujeto activo de la relación: la víctima potencial.

114. El mismo hecho determina el incumplimiento de ambas acciones debidas

⁵⁴ Cfr. De Cores, Carlos, op. cit., nota 34, p. 405.

por parte de los dos sujetos pasivos; por lo cual, en función del carácter vinculante del deber jurídico, ambos tienen la obligación de reparar el daño causado.

115. No son obligaciones subsidiarias. La obligación de uno no está subordinada a la del otro, pues ambos estaban directamente obligados a no causar el daño. Por consiguiente, ambos son solidariamente responsables.

116. Y aunque se esté en ordenamientos jurídicos que exigen la previsión expresa de la solidaridad, puede entenderse, con Van Rompaey, que “ambos deben responder al autor por la totalidad del daño, procediendo a la condena «in solidum», que se justifica por la indivisibilidad de la relación de causalidad, al ser el actuar de cada sujeto idóneo a efecto de la causación de la totalidad del daño. Estas obligaciones in solidum surgen por la fuerza misma de las cosas, con independencia de toda disposición legal.”⁵⁵

117. El contenido de la obligación del responsable directo y del indirecto coincide. La víctima tiene “derecho de reclamar el todo a cualquiera de los deudores.” “Hay por un lado una responsabilidad refleja, y por otro, la responsabilidad por hecho propio. En este supuesto las obligaciones son indistintas, concurrentes, conexas o in solidum”.⁵⁶

IV. CONCLUSIONES:

118. La responsabilidad del Estado tiene peculiaridades porque es una persona jurídica y porque es la autoridad de la sociedad civil que tiene como única razón de ser la dirección hacia el bien común.

119. Como persona jurídica, es una sociedad con una unidad de fin, un patrimonio y una voluntad y responsabilidad, que se actúan a través de sus miembros (los funcionarios públicos). Éstos tienen una función: las acciones debidas respecto a la parte del bien común cuya gestión les compete. Si las acciones de los funcionarios se atienen a esta función, se imputan a la persona jurídica; y si tienen como efecto un daño, el mismo se imputa a la persona jurídica Estado. No es propiamente una imputación objetiva de responsabilidad, sino la previa imputación de la acción al causante de la misma (la persona jurídica). Si hay una relación de causalidad adecuada entre la función y el daño, éste se imputa al Estado – persona jurídica.

120. La responsabilidad del Estado corresponde a la violación de un previo deber especial que tiene respecto a los derechos de los ciudadanos, de asegurar el goce de esos derechos. En esa medida, la “falta de servicio” podría considerarse un caso de la responsabilidad contractual (si se considera ésta como la derivada del incumplimiento de un deber específico), e incluye la omisión de los deberes funcionales, aunque no se estuviera omitiendo un deber concretamente determinado. La diligencia

⁵⁵ Van Rompaey, Leslie, “¿Es admisible la condena in solidum en la responsabilidad extracontractual?”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, T. XXII, p. 472. En el mismo sentido, Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, pp. 26-27,

⁵⁶ Van Rompaey, Leslie, *ibidem*, p. 473.

del funcionario tiene un estándar más exigente, equiparable a la de un profesional.

121. El Estado responderá con los criterios de imputación que correspondan a la actividad que desarrolle. Si genera un riesgo lícito, responderá según criterios de justicia distributiva, de modo objetivo. Pero en estos casos, en rigor, no hay “daño”, en sentido de “lesión de derecho”. No habría un derecho a no ser privado de tal bien, sino un derecho a ser indemnizado, que no se basa en un derecho lesionado sino en la igualdad proporcional ante las cargas propia de la justicia distributiva.

122. Si con su acción el funcionario incumple, además de los deberes funcionales, los propios de toda persona de no dañar –u otros deberes específicos-, será personalmente responsable. Y en los casos en que, además, el daño se impute causalmente al Estado, coexistirán ambas responsabilidades. Antes del evento dañoso, hay dos obligados frente a la víctima: el Estado (con una especial obligación de darle seguridad, a través de sus funcionarios) y el funcionario no en cuanto tal, sino como persona que simplemente no debe dañar a su conciudadano. Con una sola acción (la del funcionario), se incumplen ambos deberes y lesionan ambos derechos. Por lo tanto, no hay subsidiariedad de la responsabilidad del Estado respecto de la del funcionario: ambos son responsables “in solidum”.

123. Los ordenamiento jurídicos que establecen que el damnificado sólo puede accionar contra el Estado, y no contra el funcionario, por más que prevean la acción de repetición, lesionan un derecho de la víctima: el derecho a no ser damnificado por el funcionario (al igual que por cualquier otra persona). Porque si el derecho no puede exigirse luego de que se lesionó, ante el mismo que estaba obligado y que incumplió su deber, sería tanto como estar ante un derecho no exigible, o un deber no obligatorio.

BIBLIOGRAFÍA:

Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, Parte II-IIae, <http://hjg.com.ar/sumat/c/c59.html>.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo 7, *Ética Nicomachea – Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 20ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 90.

Berdaguer, Jaime, *Causalidad y responsabilidad aquiliana: un nuevo enfoque sobre la 'causalidad' en la naturaleza y en el derecho, desde las perspectivas de la teoría del derecho y del derecho positivo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013.

De Cores, Carlos, "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, Tomo XXII.

Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX – Responsabilidad Extracontractual, Volumen 1º, 2ª reimpression de la segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

García De Haro, Ramón, *La Conciencia Moral*, Madrid, RIALP, 1978.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II: La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, capítulo XIX, http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.pdf

Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995.

Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho*, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1991.

Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolín, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959.

Modolell González, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, LIVROSCA, 2001.

Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho de Tránsito*, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009.

Orrego Sánchez, Cristóbal, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral", *Revista chilena de derecho*, vol. 37, n° 2, pp. 311-342, 2010, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n2/art05.pdf>.

Orrego Sánchez, Cistóbal, *De la teoría de la acción a la especificación moral del acto humano: ¿cuál es el eslabón perdido?*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa - Contractual y Extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Rhonheimer, Martin, *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, EUNSA, 2000.

Risso Ferrand, Martín J., *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2ª edición actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

Rotondo, Felipe, "Responsabilidad del funcionario público: ¿directa?", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV.

Ruanova, Mariela, "El principio de subsidiariedad: el justo equilibrio de la intervención del Estado en la sociedad", en Brito, Mariano (coordinador), *Fundamentos de Derecho Administrativo económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2012.

Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, T. I

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia n° 232, del 20.09.2012, Sosa Aguirre, Pérez Brignani (redactor), França, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XLIII, c. 388.

Soto Kloss, Eduardo, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, 1984.

Spaemann, Robert, *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Javier Fernández Retenaga y José María Domingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias Madrid, 2003.

Van Rompaey, Leslie, discordia en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n° 216/2006, del 6 de diciembre de 2006, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, p. 151 y ss.

Van Rompaey, Leslie, "¿Es admisible la condena in solidum en la responsabilidad extracontractual?", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, T. XXII.

Velasco Suárez, Diego, *¿Los criterios de imputación objetiva de responsabilidad son compatibles con una concepción iusnaturalista del derecho?*, <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/DiegoVelascoSuarez.pdf>

Veloso Giribaldi, Natalia, "Falta de legitimación pasiva del funcionario público frente al tercero damnificado", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XVII.

Zambrano, Pilar, *Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana*, del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx – <http://biblio.juridicas.unam.mx>